Die

Berechnung der Falcidia

bei

Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas.

Habilitationsschrift

von

Julius Amann,
Dr. jur. utr. & med.

Freiburg i. B.
Buchdruckerei von Lauber & Mehlhase.
1875.

Die

Berechnung der Falcidia

bei

Vereinigung mehrerer Erbtheile durch Accrescenz oder Potestas.

Habilitationsschrift

von

Julius Amann,
Dr. jur. utr. & med.

Freiburg i. B.
Buchdruckerei von Lauber & Mehlhase.
1875.

Seinem hochverehrten Lehrer

dem Geheimen Justizrath Herrn

Professor Dr. Adolf Schmidt

gewidmet

vom Verfasser.

Vorwort.

Vorliegende Abhandlung enthält die beiden ersten Paragraphen eines größern Werkes, das nächstens im Druck erscheinen und außerdem die Berechnung der Falcidia bei der Vulgar- und Pupillarsubstitution darstellen wird.

I.

Die Berechnung der Falcidia bei der Accrescenz.

Wenn durch Anwachsung einem Theilerben die Portion seines Miteingesetzten zufällt, so darf er den von Letzterem namentlich ausgeworfenen Vermächtnissen die Quart geradeso abziehen, wie dieser selbst es gedurft hätte.

Dagegen erleiden die auf seinen eigenen Namen ausgesetzten Vermächtnisse die Falcidia immer nur insofern und insoweit, als dies nöthig ist, um ihm die Quart der in seiner Hand vereinten Portionen zu verschaffen.

Die hier vertheidigte Meinung stützt sich auf das dem III. Buch des Gajus de legatis ad edictum praetoris entnommene:

Fr. 78 (35. 2) Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari legatarios per deficientem partem, quia ea (quae?) non est legatis ocerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis

Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

das, wenigstens im Sinn der Kompilatoren, unbedingt als von der Accrescenz handelnd gedacht werden muß, da Justinian in der L. un. Cod. (6.51) das caducum, an was diese Stelle erinnern könnte, unter Wiederherstellung des vor der lex Julia et Papia Poppaea geltenden Rechts aufhob, der Gedanke an einen Fall von Substitution aber in dem Wortlaut des Fr. 78 nicht die geringste Stütze findet.

Der oben vorgetragenen, im Wesen übereinstimmend seit der Glosse geltenden Ansicht wurde nun in neuerer Zeit von v. Brinz Lehrbuch §. 218 eine andere entgegengestellt, wonach Konfusion der Portionen stattfinden soll, so oft dies den eigenen Legataren des Erben zum Vortheil gereiche; und diese Meinung wurde gestützt einerseits auf die Formulirung der Frage in Fr. 78, die Separation oder Konfusion verlange, keine Mischung aus Separation und Konfusion zulasse; andererseits auf den Ausdruck quasi substitutus in Fr. 61 §. 1 (31), der klar darauf hinweise, daß die Behandlung der Legatare einer accrescirenden Portion nothwendig die gleiche sein müsse, wie die der Legatare einer Substitutionsportion.

Diese letztere, bereits von Carvalho und Voorda aufgestellte Ansicht, der neuerdings Pernice Comment. duae S. 28 zustimmt, ist nun m. E. unbedingt richtig, kommt aber gegen die hier vertheidigte Meinung dann nicht in Betracht, wenn, wie ich später bei Erklärung des Fr. 1 §. 13 (35.2) darzuthun suchen werde, in der That auch im Fall der Substitution immer nur der Ueberschuß über die Quart der Substitutionsportion in die Falcidia der Institutionsportion eingerechnet wird, niemals aber Konfusion der beiderseitigen Legate eintritt.

Ebenso wohl begründet erscheint mir die Forderung

v. Brinz, daß der von Gajus in der Fragestellung hervorgehobene scharfe Gegensatz: utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? in der Antwort ebenso bestimmt gefunden werden müsse.

Die Vertreter der gemeinen Meinung haben dies nicht vermocht, sich vielmehr darauf beschränkt, Vermuthungen darüber auszusprechen, wie es komme, daß in unserm Fr. 78 Frage und Antwort sich durchaus nicht entsprechen. So meint v. d. Pfordten, Abhandlungen a. d. Pandektenrecht S. 31, es könne ja auch der Sinn der Frage aus der Antwort erkannt werden! und doch sagt er selbst, daß die Schärfe der Darstellung des Gajus mit seiner Klarheit nicht gleichen Schritt halte, wonach man also eine ebenso präcise Frage wie Antwort erwarten müßte; und besagter Satz ist gewiß wohlbegründet, denn gerade dieser Jurist zeichnet sich überall dadurch aus, daß die Form immer ein durchsichtiges Kleid des Gedankens ist, daß Frage und Antwort gleich klar, und genau auf einander bezogen sind, womit ebenso v. d. Pfordtens weitere Bemerkung alle Bedeutung verliert: es sei ja denkbar, daß sich Gajus bei der Fragestellung an die zwei Hauptberechnungsarten hielt, und in der Antwort nur die eine, die Trennung aussprach, aber die Modifikation derselben vorausschickte.

v. Vangerow wieder, Lehrbuch §. 535 V erklärt ohne Umschweife, Gajus habe sich ungenau ausgedrückt, doch sei dieser Mangel natürlich darin begründet, daß in dem von ihm beurtheilten Falle, in welchem die eine Portion gar nicht beschwert, die andere aber überlastet sei, die volle Vereinigung und die bloße Einrechnung des Ueberschusses nothwendig zum gleichen Resultat führen.

Nun ist aber doch schon aus der ganzen Fassung des Fr. 78 über allen Zweifel sicher, daß es sich hier nicht um

Entscheidung eines praktischen, sondern vielmehr eines theoretisch exponirten Falls handelt; und dann mußte gerade, wenn Vereinigung und Einrechnung zum selben Resultat führen, der darzustellende Gedanke im Interesse der Vermeidung grober Mißverständnisse in um so genauere Formen gegossen werden.

Dies hat auch Gajus in der That gethan.

Er will nämlich sagen: Si ejus pars legatis exhausta est, qui heres extiterit, perinde ratio legis Falcidiae est habenda, ac si statim ab initio is solus heres extitisset; si vero defecta pars fuerit exhausta, singularum portionum separatim causae spectandae sunt; statt aber die in der Fragestellung gebrauchten Worte zu wiederholen, sagt er bei Beantwortung des ersten Falls: adjuvari legatarios per deficientem partem; bei Beantwortung des zweiten: perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

Es stimmt somit die Antwort durchaus mit der Frage überein; es soll, wenn die Portion des Antretenden überlastet ist, die des Wegfallenden frei, die Falcidia gerade so berechnet werden, als wenn der Antretende gleich von Anfang an Alleinerbe gewesen wäre; die nothwendige Konsequenz hievon, die Gajus allein anführt, ist eben dann: adjuvari legatarios per deficientem partem. Den strengen Gegensatz zu dieser Bestimmung des ersten Falls bildet die des zweiten: es soll, wenn die Portion des Wegfallenden überlastet ist, die Falcidia für beide Portionen getrennt berechnet werden; auch hier gibt Gajus statt der direkten Antwort auf die gestellte Frage deren Konsequenz: perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

Daß aber beim zweiten Fall umgekehrt die Portion des Antretenden als nicht belastet gedacht werden müsse, ergibt der scharfe Gegensatz, in den der Jurist denselben zum ersten

setzt durch seine Einführung mit si vero, da ja doch in diesem durch das quia ea non est legatis onerata ganz bestimmt ausgedrückt ist, daß die Portion des wegfallenden Theilerben gar nicht belastet war.

Somit ist m. E. die Meinung v. Brinz, daß bei Berechnung der Falcidia im ersten Fall die Portionen zu confundiren, im zweiten getrennt zu halten seien, ohne Weiteres als fest begründet zu erachten.

Aber ist in der confusio portionum auch schon die confusio legatorum enthalten?

Diese Frage wurde bis jetzt noch gar nicht aufgeworfen, weil deren Bejahung als selbstverständlich galt, und doch ist das Gegentheil als richtig zu erachten, und gerade in Fr. 78 deutlich genug ausgesprochen; denn es schreibt im ersten Fall unbedingt die confusio portionum vor, und doch ist im Geringsten nicht abzusehen, warum etwa die vom Wegfallenden ausgeworfenen Legate eine Minderung zu Gunsten der vom Antretenden ausgesetzten erfahren sollten, die doch unbedingt im muthmaßlichen Willen des Erblassers begründet sein müßte.

Aber spricht denn unsere Stelle auch nur andeutungsweise von Letzterem?

Im Geringsten nicht; es sind ja, wie wir gesehen, ganz bestimmt die Fälle so gesetzt, daß einmal die Portion des Antretenden überlastet, die des Wegfallenden durchaus frei von Legaten ist, das andremal dagegen allein die Portion des Wegfallenden beschwert ist, die des Antretenden durchaus frei.

Es kann also nach Fr. 78 gar nicht von einer Minderung der dem Einen auferlegten durch die vom Andern ausgesetzten Legate die Rede sein, sondern nur davon, ob der Erbe die Falcidia von der eigenen Portion abziehen dürfe ohne Rücksicht darauf, daß ihm eine nichtbelastete Portion anwächst, und diese Frage wird verneint; wogegen

er die Falcidia von der anwachsenden Portion immer ziehen soll, ohne daß dabei seine eigene in Betracht käme: also immer so, wie sie der Wegfallende gezogen hätte.

Und gerade um dies mit aller Bestimmtheit und Schärfe darzulegen, hat Gajus offenbar den Fall so gewählt, daß die Verwechslung der confusio portionum mit der confusio legatorum ganz unmöglich ist; deßwegen hat er ausdrücklich hervorgehoben, daß in jedem Falle nur eine Portion mit Legaten beschwert, die andere frei ist: quia ea legatis non est onerata.

Daraus ergibt sich, daß dieser Satz durchaus bedeutungsvoll ist, weder gestrichen, wie Mommsen meint, noch das quia mit v. d. Pfordten S. 29 a. a. O. in si verwandelt werden darf, da ja, wie wir gesehen, die Nichtbelastung je einer Portion von Gajus nur im Interesse der Deutlichkeit gesetzt wurde; ebenso verwerflich ist des Letzteren Ansicht, S. 31 a. a. O., es sei der Sinn der Worte legatis non onerata nicht nothwendig der, daß keine Legate da seien, sondern es könne auch der sein, daß die Legate die Quart nicht verletzen; denn dadurch wirft er die scharf getrennten Begriffe von onerare und exhaurire zusammen; mit ebenso gutem Grunde könnte er aber dann confirmare = negare setzen.

Dagegen stimmt das von Haloander an Stelle von quia ea vorgeschlagene quae durchaus mit dem, was wir als Inhalt der Stelle gefunden haben, weßwegen ich dieser auch von v. d. Pfordten, S. 29, Huschke Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß N. F. VII S. 202, v. Vangerow Lehrb. §. 535 V, Pernice S. 21, Anm. 18, a. a. O. Arndts Lehrb. §. 564 Anm. 2 gebilligten Emendation unbedingt beitrete.

Hiemit scheint mir erwiesen, daß Gajus den von ihm aufgestellten strengen Gegensatz zwischen Zusammenwerfen und Trennen der beiden Portionen bei der Berechnung der Falcidia nur auf die Person des Erben und dessen Interesse bezieht; von diesem ausgehend sagt er: seinen eigenen

Legataren gegenüber hat der Erbe das Recht auf einen Abzug nur insofern und insoweit, als dieser nöthig ist, um ihm die Quart der in seiner Hand vereinten Portionen zu verschaffen; den Legataren des Wegfallenden gegenüber hat er jedoch immer den vollen Anspruch auf ein Viertel von dessen Portion, gleichviel, ob seine eigene frei oder überlastet ist.

Dagegen sagt er nicht, daß in irgend einem Fall die Legatare des Wegfallenden weniger als $^3/_4$ von dessen Portion erhalten; im Gegentheil erklärt er: perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret; und da dies die Antwort ist auf den zweiten Theil der von ihm aufgestellten Frage: an singularum portionum separatim causae spectandae sunt? so ist für den Fall der Anwachsung gerade gemäß Fr. 78 das Zusammenlegen der Legate unter allen Umständen zu verwerfen, im Gegensatz zum Zusammenlegen der Portionen, das dem Erben auferlegt wird zu Gunsten der von ihm selbst, nicht aber auch zu Gunsten der vom Wegfallenden ausgeworfenen Legate, die immer auf $^3/_4$ von dessen Portion Anspruch haben, nie auf mehr, aber auch nie auf weniger.

Diese Auffassung wird nun wesentlich unterstützt durch die von Gajus gegebene Begründung seiner Entscheidung: »quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur.

Dieser Satz zeigt, wie v. d. Pfordten S. 30 a. a. O. richtig bemerkt, ganz klar, daß der Jurist hier nur an Einrechnung denke; denn eine Aehnlichkeit in der Bedeutung von legata extincta und dem Anwachsen einer freien Portion bei Berechnung der Quart besteht einzig nur darin, daß beide in dieselbe mit eingerechnet werden müssen. Aus dieser Erörterung scheint nun klar hervorzugehen, daß das confundere portiones gleichbedeutend ist mit Einrechnung des Ueberschusses der einen Portion über deren Quart in

diejenige andere, bezüglich welcher die Zusammenrechnung der Portionen vorgeschrieben wird; dagegen darf, wie aus dem Verlauf der Abhandlung hervorgehen wird, von einem Zusammenwerfen der Legate nur da die Rede sein, wo ausdrücklich das confundere, contribuere legata angeordnet ist.

Hiermit erscheint die Ansicht v. Brinz widerlegt und die gemeine Meinung gegen dessen Angriff geschützt, der wesentlich von der gleichen irrigen Voraussetzung getragen war, die jener den inneren Halt nahm: daß nämlich in dem confundere portiones eo ipso auch das confundere legata enthalten sei.

Bis jetzt haben wir das Fr. 78 behandelt vom Standpunkt des Justinianischen Rechts, wonach es nur von einem Fall der Accrescenz verstanden werden kann; es erhebt sich nun die Frage, ob die seit der Glosse ausnahmslos geltende Meinung, daß auch Gajus selbst hier von Anwachsung handle, auf sicheren Grundlagen ruhe. Erst v. d. Pfordten hat sich bemüht, dies zu begründen, und seine Darstellung wurde von allen Neueren als befriedigend erklärt. Um so mehr fühle ich mich verpflichtet, meine abweichende Meinung, wonach Gajus nothwendig einen Fall der Caducität im Auge hatte, eingehender zu begründen.

Vor Allem ist nun die Richtigkeit der Ansicht v. d. Pfordtens, S. 28 a. a. O. zu konstatiren, daß zu Gajus Zeit die von einer accrescirenden Portion (oder vielmehr vom Wegfallenden) nominatim hinterlassenen Legate zu Grunde gegangen seien.

Dies beweisen zwei Stellen von Celsus, die entweder absichtlich, um den geschichtlichen Entwicklungsgang des Rechts zu erhalten und das Reskript Severs zu erläutern, oder was viel wahrscheinlicher ist, da Fr. 61 §. 1 (31) zu jenem Zweck vollkommen genügte, aus Nachlässigkeit in den Text aufgenommen sind, nämlich die aus dessen XXXVI. Buch der Digesten stammenden:

Fr. 29 §. 1 (31) Quod alicujus heredis nominatim fidei committitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ille extitit heres; und

Fr. 29 §. 2 (31) Si filio heredi pars ejus, a quo nominatim legatum est, accrescit, non praestabit legatum, quod jure antiquo capit;

und dann noch die Stelle Ulpians aus dessen XVIII. Buch ad legem Juliam et Papiam

Fr. 61 §. 1 (31) Julianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem ejus non esse cogendum fideicommissa praestare; portionem enim ad coheredem sine onere pertinere. Sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta a substitutis debentur, et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur accrescentem portionem.

Man könnte nun einwenden, daß wenn auch Fr. 61 §. 1 (31) beweise, Julian habe die Erhaltung dieser Legate geläugnet, daraus doch nicht folge, auch Gajus habe dies gethan; aber die Art, wie Ulpian dem Julian entgegentritt, allein sich auf eine selbstverständliche Konsequenz des Sever'schen Reskripts berufend, schließt m. E. diesen Gedanken unbedingt aus, wie es denn auch an sich höchst unwahrscheinlich wäre, daß Gajus, ein Zeitgenosse Julians, dem kein mitlebender Jurist an Ansehen gleichkam, gegen diesen in einen so scharfen Gegensatz getreten sein sollte, ohne dessen auch nur im geringsten zu gedenken. Freilich, daß Julian und Ulpian dessen nicht erwähnten, hätte nicht auffallen können, weil Gajus wohl nur Literat, nicht mit dem jus respondendi bekleidet war. (Vergl. Puchta Institutionen 6. Aufl. I, §. 99 S. 399; übrigens auch Huschke Jurisprud. antejust. 3. Aufl. S. 153.)

So wohlbegründet demnach die Ansicht v. d. Pfordtens erscheint, daß unmöglich in Fr. 78 Gajus von einem Fall

der Accrescenz bei namentlich hinterlassenen Vermächtnissen handeln könne, so unbedingt muß dessen Behauptung S. 28 a. a. O. verworfen werden, daß er allerdings von Accrescenz handle, jedoch sich die Legate nicht namentlich hinterlassen denke.

Es liegt vielmehr m. E. die zwingende Nothwendigkeit vor, in Fr. 78 die Vermächtnisse als namentlich von den Eingesetzten ausgeworfen zu setzen.

Dafür sprechen unbedingt folgende Quellenzeugnisse: Ulpian im V. Buch ad Sabinum:

Fr. 4 §. 1 (30) Si quis heredes instituerit et ita legaverit: „quisquis mihi Gallicanarum rerum heres erit, damnas esto dare“, ab omnibus heredibus videri legatum, quoniam ad omnes eos res Gallicanae pertinent.

Paulus in seinem V. Buch de forma testamenti:

Fr. 98 (92) Si plures gradus sint heredum et scriptum sit „heres meus dato“, ad omnes gradus hic sermo pertinet, sicuti haec verba: „quisquis mihi heres erit“. Itaque si quis velit non omnes heredes legatorum praestatione onerare, sed aliquot ex his, nominatim damnare debet.

und Pomponius in seinem IV. Buch ad Quintum Mucium:

Fr. 44 (31) Si pluribus heredibus institutis ita scriptum sit: „heres meus damnas esto dare aureos quinque“, non quilibet heres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent.

Ebenso Modestin in seinem XIX. Buch der Response:

Fr. 33 (31) Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet.

Daß alle diese Stellen von Fällen sprechen, in welchen die Legate nicht namentlich ausgeworfen sind, geradeso wie der Schluß des F. 1 §. 13 (35.2), bedarf wohl keiner näheren Ausführung; ebensowenig, daß sie alle den Satz be-

weisen: Sind alle Vermächtnisse von den Erben im Allgemeinen, generaliter, ausgeworfen, also nicht ausdrücklich die Einzelnen, nominatim. damit belastet, so haftet Jeder nach Maßgabe der factisch ihm zu Theil gewordenen Quote des Vermögens allen durch ein Vermächtniß Honorirten; es ist folglich für Letztere durchaus gleichgültig, ob alle Eingesetzten auch wirklich Erben werden, oder einer oder mehrere von ihnen wegfallen; denn es ist hier die Masse der Vermächtnisse eine Belastung der Erbschaft, und erst durch sie der einzelnen Erben nach Maßgabe ihrer Portionen.

Es ist somit gar nicht denkbar, daß Fr. 78 von letzteren spricht, da sonst von einem adjuvari legatarios per deficientem partem, von einer getrennten Berechnung im Fall der Ueberlastung der anwachsenden Portion, von einer solchen überhaupt im Gegensatz zu einer freien gar nicht die Rede sein könnte, die Fragestellung des Gajus gegenüber den von ihm aufgestellten Fällen gar keinen Sinn hätte.

Uebrigens bedürfte es gar keiner Quellenzeugnisse, um darzuthun, daß Fr. 78 nothwendig von den Eingesetzten namentlich auferlegten Legaten handle; denn wenn der Erblasser sagt: „Quisquis mihi heres erit ducenta dato“, nachdem er auf ein Vermögen von 300 mehrere Erben eingesetzt hat, so ist über allen Zweifel klar, daß er will, es solle jeder Erbe nach Maß seines faktisch ihm zukommenden Erbtheils diese Legate tragen; jede andere Auslegung enthielte eine schreiende und willkührliche Verletzung seines Willens; dann ist aber auch selbstverständlich, daß ein etwaiger Quartabzug alle Legatare ganz gleichmäßig treffen müsse.

Damit scheint die Ansicht, daß Gajus in Fr. 78 einen Fall der Accrescenz behandelt habe, endgültig widerlegt; ebensowenig darf an Substitution gedacht werden, da zu Gajus Zeit der Substitut die dem im ersten Grad Ein-

gesetzten auferlegten Legate nicht zu tragen hatte; es bleibt also nur noch die Annahme, daß der Jurist hier vom Caducum spreche: damit wird die Stelle sehr klar; denn die Vermächtnisse, welche dem auferlegt waren, welcher zufolge der lex Julia et Papia Poppaea sein Erbtheil verlor, gingen schon zu seiner Zeit ohne Zweifel nicht zu Grunde, sondern fielen dem zur Last, der dasselbe vindizirte; dies beweist für den Fall, daß es der Fiscus an sich zog, Gajus selbst in seinem XI. Buch ad legem Juliam et Papiam:

Fr. 14 (49.14) Dicitur, ex asse hereditates ex Silaniano quum fiscus vindicasset, ut nec libertates, nec legata tueatur; quod aperte nullam habet rationem, quum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant.

Hiernach darf wohl nicht bezweifelt werden, daß wenn Ascendenten und Descendenten des Erblassers bis zum dritten Grad, die im Testament bedacht sind, oder die im Testament Bedachten, welche Kinder haben, die caduke Portion vindizirten, diese geradeso, wie der Fiscus schon zu Gajus Zeit die dem Wegfallenden auferlegten Legate entrichten mußten. Es wird denn auch nirgends darauf hingewiesen, daß dieß etwa erst seit dem Edikt Severs der Fall gewesen sei. Uebrigens gibt das Fr. 1 §. 14 (35.2) hiefür ein, wie ich darzuthun suchen werde, direktes Zeugniß ab. Die von v. d. Pfordten gegen diese Ansicht vorgebrachten Gründe sind denn auch m. E. ganz unstichhaltig.

Er meint nämlich S. 27 a. a. O., schon daß die Stelle aus einem Kommentar zum prätorischen Edikt genommen sei, dem das Institut der Caduca völlig fremd blieb, mache die Beziehung auf diese unwahrscheinlich; hiergegen verweise ich auf Fr. 53 §. 1 (29.2), das, obwohl unbedingt von der Accrescenz handelnd, einem Kommentar des Gajus ad legem Juliam et Papiam entnommen ist; so gut dieser nun hier von Accrescenz handelte, konnte er jedenfalls auch dort vom

Caducum sprechen; wie denn auch Ulpian in seinem XVIII. Buch ad legem Juliam et Papiam über einen Fall der Accrescenz schrieb, der uns im Fr. 61 §. 1 (31) erhalten ist.

Einen weitern Gegengrund: Gajus nenne ja die portio eine defecta. während er doch gewiß den gewöhnlichen Ausdruck caduca gebraucht haben würde, wenn er die Bestimmungen des Papischen Gesetzes im Sinne gehabt hätte: widerlegt in seiner Bedeutung v. d. Pfordten thatsächlich selbst dadurch, daß er für seine Meinung weiter bemerkt, es habe ja Justinian in der c. Tanta §. 6 klar ausgesprochen, daß er die Caducität in den Pandekten übergangen habe

Oder dürfen wir daran zweifeln, daß die Kompilatoren es gewagt haben könnten, in Fr. 78 an die Stelle des Wortes caduca zu setzen defecta, welches Wort allerdings Gajus selbst bei der Accrescenz gebrauchte (vgl. Fr. 53 §. 1 (29.2)), da sie doch nachweisbar im Interesse des damaligen Rechtszustandes viel eingreifendere Veränderungen mit den Sätzen der römischen Juristen vornahmen? Ebensowenig stichhaltig erscheint der weitere Grund, es liege in den Worten alter heres solus extiterit offenbar, daß mit dem Wegfall des einen Erben der andere von selbst Erbe des Ganzen war, also jener ipso jure eintretende Erwerb, der das Eigenthümliche des Accrescirens bilde; es konnte ja, wie wir gesehen, Gajus unmöglich von etwas Anderem als von einem Fall der Caducität sprechen, da im Fall der Substitution und Accrescenz die dem Wegfallenden aufgelegten Vermächtnisse zu Grunde gingen. Es war somit ganz überflüssig, noch beizufügen, daß der Antretende die Portion des Weggefallenen vindizirt habe, und hätte der Jurist es dennoch gethan, so würden jedenfalls die Kompilatoren nothwendig diesen Satz gestrichen haben.

Aus vorstehender Erörterung ergibt sich m. E. bis zur Evidenz, daß in unserer Stelle Gajus selbst von einem

Fall des Caducum handelte, während dagegen schon aus der Art, wie die Kompilatoren Fr. 78 mit dem aus dessen XVIII. Buch ad edictum provinciale stammenden Fr. 77 verbanden, bestimmt hervorgeht, daß in ihrem Sinn dasselbe von der Accrescenz verstanden werden müsse.

Durchaus das Gleiche gilt von dem Fall, den Paulus in seinem Buch ad legem Falcidiam behandelt:

Fr. 1 §. 14 (35.2) Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra: in qua specie et Julianus Proculo assensit, quam sententiam probabiliorem esse puto. Sed et divus Antoninus judicasse dicitur, commiscendas (non miscendas?) esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae.

Diese Stelle wurde seit der Glosse bis auf v. d. Pfordten, unter großer Divergenz der Meinungen bezüglich der Erklärung im Einzelnen, theils auf die Substitution, theils auf das Accrescenzrecht bezogen.

Gegen beide Ansichten spricht schon der Ausdruck vindicavero, da eine Vindikation weder bei der Substitution, noch bei der Accrescenz, wohl aber bei dem Caducum vorkam; dies ist denn auch wesentlich der Grund, warum v. d. Pfordten S. 15 a. a. O. letztere Beziehung vertheidigt, wobei er noch gegen die erstere der beiden früheren Meinungen mit Recht, S. 13 a. a. O., einwendet, es habe ja in dem unmittelbar vorhergehenden §. 13 Paulus bereits ausführlich von der Substitution gehandelt, indem die Schlußperiode von sed ea, quae an gerade den Fall enthalte, wenn eine überschwerte Portion zu einer freien hinzukomme.

Aber auch ganz abgesehen hievon, geht schon aus meiner Erklärung von Fr. 78 m. E. klar hervor, daß es sich in unserer Stelle unbedingt um namentlich ausgeworfene Legate handle, die bei der Accrescenz zur Zeit des Cassius, Proculus und Julian immer, bei der Substitution wenigstens

dann zu Grunde gingen', wenn sie nicht vom Substituten ausdrücklich repetirt waren. Letzteres müßte also bestimmt in Fr. 1 §. 14 ausgedrückt sein, während es im Gegentheil nicht einmal eine Andeutung von Substitution überhaupt enthält; wie denn auch im Fall ausdrücklicher Repetition gewiß kein römischer Jurist bezweifelt hätte, daß der Erbe die Portionen zusammenwerfen müsse, allerdings nur in dem Sinn, wie wir das confundere partes bei Fr. 78 erklärt haben; und daß die dort gegebene Auffassung richtig sei, wird auch durch unsere Stelle gestützt, die ja ebenfalls nur die eine Portion, und zwar über 3/4 ihres Betrags hinaus belastet, exhausta sein läßt, dagegen die andere als frei, integra setzt; gewiß gleichermaßen deßwegen, weil bei der Frage, die den Juristen beschäftigt, von einem Zusammenwerfen der Legate gar nicht die Rede sein kann, dagegen dann, wenn die Frage, ob Einrechnung oder nicht, aufgeworfen wird, die eine Portion nothwendig so gedacht sein muß, daß sie nicht nur die Quart, sondern mehr freiläßt, was am ersten dann der Fall, wenn sie gar nicht belastet ist.

Zwar stellt neuerdings v. Windscheid, §. 653 Anm. 8 a. a. O., die bereits von Faber ausgesprochene, jedoch später widerrufene Ansicht auf, es könnten schon vor dem Edikt Severs einzelne Juristen, und gerade speziell auch Julian die Erhaltung dieser Legate vertheidigt haben; doch ist diese Meinung ohne Anhalt in den Quellen, und was Letzteren betrifft, wird sie m. E. entschieden widerlegt durch das oben gegebene Fr. 61 §. 1 (31); denn hätte Julian schon die Erhaltung der Substitutionslegate verfochten, da er doch die Legate der accrescirenden Portion ausdrücklich untergehen ließ, so würde Ulpian gegen dessen Ansicht sich gewiß nicht in erster Linie auf das Edikt Severs, das ja, wie Fr. 74 (31) zeigt, ebenfalls nur von Substitutionslegaten spricht, berufen, sondern einfach demselben entgegengehalten haben, daß der einzig mögliche, (von Sever bestimmt angegebene)

Grund der Erhaltung der Substitutionslegate, nämlich der vermuthliche Wille des Erblassers, für die Legate der accrescirenden Portion ganz ebenso gelte, also Julian sich selbst widerspreche, wenn er letztere zu Grunde gehen lasse, da er die Wirksamkeit der ersteren vertheidige.

Statt dessen sagt er einfach, der Erbe, dem accrescirt, sei quasi substitutus, d. h. ex edicto Severi zur Auszahlung dieser Legate verpflichtet.

In der That hatte auch die Substitution unter Miterben nur dann einen Zweck, wenn es deren mehr als zwei, oder auch noch ein Nichteingesetzter substituirt war, weil sonst unter allen Umständen, im Fall der Eine nicht Erbe wurde, der Antretende die ganze Erbschaft erwarb. Da sie also nur getroffen wurde, um für den Fall des Ausscheidens eines Erben zu bestimmen, an wen dessen Portion kommen sollte, übrigens im Rechtsverhältniß der Legatare zu den Erben gar nichts ändern wollte, so ist es allerdings eine nothwendige Konsequenz des Edikts Severs, daß auch die Legate der accrescirenden Portion nicht zu Grunde gehen dürfen.

Hieraus ergiebt sich denn klar, daß die Behandlung der Legatare der Substitutions- und der accrescirenden Portion die gleiche sein muß, was wir später beweisen werden.

Aus vorstehender Erörterung erhellt m. E. bis zur Evidenz die Richtigkeit der Ansicht v. d. Pfordtens, daß unsere Stelle das Caducum im Auge habe, da von Substitution und Accrescenz im Sinn ihrer Verfasser gar keine Rede sein kann, sowenig als von einem Potestatverhältnisse, und der Ausdruck vindicavero ganz direkt darauf hinweist; wie denn auch die Erhaltung der Legate einer caduken Portion schon vor dem Edikt Severs sich sehr natürlich aus der Anschauung ergibt, daß die lex Julia et Papia Poppaea unmöglich in dem schuldigen Erben auch die auf ihn an-

gewiesenen Legatare treffen konnte und wollte; vgl. Fr. 14 (49.14), Fr. 5 (28.6), Fr. 60 §. 1 (35.1), Ulp. Fr. Vat. I. 21 u. XVII. 3.

Es bewegte sich also der Streit der römischen Juristen offenbar nur um die Frage, ob zu Gunsten der Legatare der caduken Portion Einrechnung, keineswegs ob Kontribution stattfinde, oder nicht, wie, irregeführt von der allgemeinen, unsere ganze Lehre verwirrenden Verwechslung des confundere partes mit dem confundere legata, v. d. Pfordten und Huschke meinen, die deßwegen den Ausdruck integra auffassen im Sinn von „nicht über ³/₄ der Portion belastet", ohne für diese Auslegung auch nur einen Grund anzugeben, da doch mir wenigstens keine Parallelstelle erfindlich ist, die zur Unterstützung ihrer Ansicht beigezogen werden könnte.

Ersterer meint nun, S. 16 a. a. O., Proculus, Julian und Paulus hätten die getrennte Berechnung wohl deßhalb verlangt, weil die caducorum vindicatio wie das Accrescenzrecht nicht auf der Anordnung des Testators, sondern auf gesetzlicher Vorschrift ruhte, wie denn in der That gesagt werde, per legem vindicare. Dagegen dürfte der Entscheidungsgrund des Cassius und des kaiserlichen Reskripts darin gelegen haben, daß die Vindikation nicht wie das Accresciren, ohne die Lasten erfolge, daß mithin, weil der Wille des Erblassers hierin aufrecht erhalten werde, der Erwerb so zu behandeln sei, als ruhe er auf der letztwilligen Bestimmung.

V. d. Pfordten hält nun die Ansicht des Cassius für die richtige; sie gründe sich auf die Natur der caducorum vindicatio, der gemäß die Vindikanten einer caduken Erbportion als wirkliche Erben des Verstorbenen betrachtet worden, daher auch nach dem Umfang ihrer Berechtigung und Verpflichtung an die Stelle des Weggefallenen getreten seien, aber als unmittelbare Nachfolger des Testators; wo-

raus denn auch folge, daß man sie so anzusehen habe, als wären sie selbst von Anfang an zu den beiden Portionen berufen gewesen, zu der einen unbedingt, zu der andern gewissermaßen bedingt; daher seien auch die Lasten beider Portionen als von einer und derselben hinterlassen betrachtet worden.

Diese Ansicht ist m. E. durchaus unstichhaltig; denn die Gründe für die hier vertheidigte contributio legatorum als gegeben in der angeblich vom Kaiser vorgeschriebenen confusio partium widerstehen m. E. in keiner Weise der Kritik.

Oder: konnte das Gesetz einfach sagen, der Testator habe gewollt, was er entschieden nicht gewollt hat? Ist es denkbar, daß der Erblasser Jemanden nur einsetzte, um dessen Portion durch Vindikation an seinen Miteingesetzten gelangen zu lassen?!

Ja, selbst dies gesetzt: galt etwa der seinem Miteingesetzten Substituirte weniger als zum Theil unbedingt, zum Theil bedingt eingesetzter Erbe, wie der Vindikant einer caduken Portion, und warum? Und doch leugnet v. d. Pfordten, und mit Recht, daß zu Gunsten der Legatare einer überlasteten Substitutionsportion Kontribution stattfinde!

Aber selbst abgesehen von dieser m. E. unmöglichen Fiktion: wenn Antoninus die Entscheidung des Cassius annahm, so doch gewiß auch deren angebliche Begründung; dies wäre aber in unserem Fall unmöglich, weil zur Zeit Antonins das Accresciren nicht mehr ohne die Lasten erfolgte.

Endlich: wie verträgt sich mit seiner Behauptung, die Vindikanten seien als unmittelbare Erben des Testators betrachtet worden, die Thatsache, daß es ihnen trotz des Antritts ihrer eigenen Portion freistand, das caduke Erbtheil zu vindiziren, oder nicht? Schließt nicht vielmehr schon die Vindikation an sich jeden derartigen Gedanken aus?

Huschke's Erklärung, VII S. 200 fg. a. a. O. ist ohne

Zweifel viel besser als die eben widerlegte; denn er faßt das Rescript des Kaisers im Sinn des Proculus, Julian und Paulus auf, verneint also die Konfusion der Portionen, läßt auch den caduken Erbtheil an den Miterben fallen durch Wohlthat des Gesetzes, wobei er jedoch noch unrichtiger Weise hinzufügt: „oder nach der rechtlichen Natur der untheilbaren Erbfolge“, was gewiß nicht zugegeben werden kann, da ja die caduke Portion nur mit Willen des Miterben an diesen, sonst an den Fiskus fiel.

Aber auch er muthet dem Cassius die unmögliche Fiktion zu, als habe die lex Julia et Papia Poppaea bloß den Willen des Testators dahin interpretirt, daß er dem coheres pater auch die portio caduca habe geben wollen.

Aus dem Bisherigen scheint nun klar hervorzugehen, daß der Kaiser unmöglich die Meinung des Paulus verworfen haben kann; denn die gleichen Gründe, die für die Einrechnung des Ueberschusses der Institutionsportion in die Quart der caduken sprechen, hätten ihn und die römischen Juristen bestimmen müssen, dies auch zu Gunsten der überlasteten accrescirenden und Substitutionsportion vorzuschreiben, da auch diese seit dem Reskript des Sever erhalten blieben; sie hätten sonst einen heillosen Schnitt durch alle juristische Konsequenz gemacht.

Es bleibt also nichts übrig, als entweder, was ich für das Bessere halte, mit Huschke nach dem Vorgang Fabers statt conmiscendas zu lesen non miscendas, also statt der Sigle c̄ zu setzen n̄: oder mit Pernice nach dem Vorgang der Glosse und des Cujaz anzunehmen, Paulus habe von diesem Reskript nur gerüchtsweise Kunde gehabt, jedenfalls sei dasselbe nicht rechtskräftig geworden.

Doch scheint mir der von Ersterem gegebene Grund: unmöglich hätte Paulus eine von der eben gebilligten abweichende und sogar kaiserliche Entscheidung der Frage mit sed et einleiten können, die bestimmteste Adversativpartikel wäre

hier allein am Platze gewesen: ebensowenig beweiskräftig zu sein, als die Entgegnung Pernice's, S. 32 Anm. 21 a. a. O., die Partikel sed zeige deutlich an, daß der Jurist eine entgegengesetzte Meinung anführen wolle, eine Behauptung, die durch eine große Anzahl von Pandektenstellen widerlegt werden kann; sed et kann ja ebensogut den Gegensatz zu Cassius bezeichnen.

Daß hienach die Emendation Mommsens, der das et hinter dem sed streicht, verworfen werden müsse, ist selbstverständlich.

Aus der seitherigen Erklärung geht nun auch m. E. der Grund des Widerstreits der römischen Juristen über die Frage, ob Einrechnung zu Gunsten der Legatare der caduken Portion oder nicht, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit hervor.

Es zog wohl Proculus, Julian und Paulus aus dem oben von mir entwickelten Grund der Erhaltung der Legate einer caduken Portion die logische Konsequenz, daß sie in gleichem Maß ausgezahlt werden müßten, wie sie der weggefallene Erbe zu entrichten gehabt hätte, da ja in der That gar kein Grund vorhanden sei, sie besser zu stellen.

Dem trat nun Cassius vermuthlich entgegen mit der Behauptung, der Erbe müsse sich allerdings die Einrechnung des Ueberschusses der Institutionsportion über deren Quart in die Falcidia der caduken gefallen lassen, weil offenbar der Testator unter allen Umständen die volle Auszahlung der Legate, soweit sie nicht über die Höhe des Erbtheils hinausgingen, gewollt habe, der Abzug der Quart durch die lex Falcidia, nicht aber durch den muthmaßlichen Willen des Erblassers bedingt sei, woraus sich die Nothwendigkeit der Einrechnung ergebe, um so mehr, als ja der Erbe gar kein Risiko trage, da ihm die Vindikation der caduken Portion freistehe.

Der Kaiser nun stimmte Paulus bei, da in der That

die Konsequenz unbedingt forderte, daß nicht auf Kosten des Erben die Legatare einer caduken Portion besser gestellt seien, als die einer accrescirenden oder Substitutionsportion.

Nun noch Eins: Haben die Kompilatoren unsere Stelle aus Nachlässigkeit aufgenommen, oder sollte sie wie Fr. 29 §. 1 und §. 2 (31) nur historische Bedeutung haben, oder trotz des Ausdrucks vindicavero in ihrem Sinn von der Accrescenz verstanden werden, so daß das Stehenbleiben jenes Wortes auf Rechnung eines Versehens gesetzt werden müßte?

Am meisten scheint mir für die letztere Meinung zu sprechen; doch wird sie kaum je zu beweisen sein.

II.

Die Berechnung der Falcidia beim Potestatverhältnisse.

Wenn zur Zeit des Antritts der Erbschaft der eine Erbe in der Gewalt des andern ist, so findet gerade wie bei der Accrescenz dann, wenn die Portion des Gewalthabers überlastet ist, die des Gewaltunterworfenen nicht, zu Gunsten der Legatare des Ersteren Einrechnung des Ueberschusses der Portion des Letzteren über deren Quart Statt; wogegen von der Portion des Gewaltunterworfenen der Gewalthaber unter allen Umständen die volle Falcidia zieht.

Dies ist der klare Inhalt des dem XII. Buch der Quästionen des Paulus entnommenen Fr. 21 §. 1 (35.2): Si ego et servus meus heredes instituti simus ex diversis partibus, nec a servo erogatus dodrans, his, quibus

a me legatum est, contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam ejus portionis. Ex contrario si servo meo servus, et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia ex decem mihi legatis non tentur, exemplo eodem Falcidiae: nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit.

Dann das aus Scävola's IV. Buch der Response stammende Fr. 25 (35.2):

Maritum suum et filium communem aequis partibus heredes instituit. Quaesitum est, an in ratione legis Falcidiae imputandum sit marito, quod ad eum ex eadem hereditate per filium pervenit. Respondit, si ex institutione filii tantum retineat, quantum ad Falcidiam satis sit, nihil quartae nomine deducendum.

Ueber den Sinn der Entscheidung in diesen beiden Stellen sind alle Neueren einverstanden, mit Ausnahme Roßhirts, Vermächtnisse I S. 538, der unbegreiflicherweise gegen den überaus klaren Wortlaut derselben das Zusammenwerfen der Legate zu Gunsten der Legatare des Gewalthabers vertheidigt.

Einer besonderen Erörterung bedarf somit nur noch die Erläuterung, die Paulus in Fr. 21 §. 1 zu seiner Entscheidung gibt.

Huschke, S. 206 a. a. O., meint, Paulus setze von ex contrario an den Fall, daß dem Herrn 10, dessen Sklaven ein Sklav zur Freilassung vermacht sei, und erkläre, hier könne der Erbe die Falcidia von dem zur Freiheit vermachten Sklaven nicht dadurch erheben, daß er dem Herrn an dessen Legat von 10 einen desto größeren Abzug mache, weil die 10 nicht ein freies (d. h. den Abzug gestattendes) Accessorium zu dem die lex Falcidia bindenden Legat des Sklaven seien, sondern vielmehr der Herr den Sklaven zu seinen 10 erwerbe.

Paulus meine also, und mit Recht, daß, wenn um-

gekehrt dem Herrn der Sklav zur Freilassung, und seinem Sklaven 10 legirt seien, der Herr von diesem Zuwachs seines Legats sich die servi Falcidia mit kürzen lassen müsse. Das Aehnliche liege nun darin, daß ein zum gehemmten Haupterwerb hinzukommender freier Erwerb zur Erleichterung des ersteren dienen, nicht aber auch, wenn der Haupterwerb ein freier, der hinzukommende ein gehemmter sei, jener zur Erleichterung des letzteren verwandt werden könne.

Ich kann dieser Erklärung schon deßwegen nicht zustimmen, weil sie offenbar etwas, nämlich daß der Sklav zur Freilassung legirt sei, in die Stelle hineinträgt. Es ist weder im Vorhergehenden hievon die Rede, noch in Fr. 21 §. 1 auch nur im geringsten angedeutet, daß sie von dem Senatsbeschlusse spreche, der bestimmte, (vgl. Fr. 33, Fr. 35 u. Fr. 36 §. 3 (35.2)), es dürfe dann, wenn dem gleichen Legatar außer einem Sklaven zur Freilassung noch etwas Anderes legirt sei, die im Interesse der Freiheit wegfallende Falcidia am Sklaven von diesem zweiten Vermächtniß erhoben werde.

Es ist deßwegen gar nicht daran zu denken, daß Paulus die unbedingt nöthigen und deßwegen niemals vorauszusetzenden zwei Worte: ad libertatem weggelassen haben sollte, wenn er den von Huschke angenommenen Fall setzen wollte.

Doch könnte ich auch außerdem dieser Erklärung deßwegen nicht beitreten, weil die aufgeführten, ebenfalls von Paulus herrührenden Fr. 33, Fr. 35 und Fr. 36 §. 3 ausdrücklich sagen, es solle dem, welchem außer dem Sklaven zur Freilassung noch sonst etwas hinterlassen ist, aus letzterem auch die Falcidia des Sklaven abgezogen werden; nur wenn dies nicht der Fall sei, müsse der Erbe im Interesse der Freiheit auf die Quart verzichten.

Ganz entsprechend dieser Bestimmung sagt derselbe Jurist in Fr. 5 §. 1 (31), der in Fr. 5 pr. (31) von

ihm ausgesprochene Satz, wonach derjenige, welchem zwei Legate hinterlassen sind, das eine annehmen, das andere ausschlagen kann, sei insofern näher zu bestimmen, als der, dem 10 und ein Sklav zur Freilassung legirt ist, jedenfalls, auch wenn er den Sklaven ausschlage, sich dessen Falcidia an den 10 abziehen lassen müsse.

Die in all diesen Sätzen des Paulus sich offenbarende Forderung, daß der Erbe, wo immer thunlich, auch bei Vermächtnissen der Freiheit die volle Falcidia haben solle, schließt m. E. unbedingt den Gedanken aus, daß ebenderselbe Jurist den Quartabzug nicht auch dann vorschreiben sollte, wenn dem Herrn die 10, dem Sklaven ein Sklav zur Freilassung vermacht ist, denn es bedarf ja nicht einmal einer Erklärung des Sklaven, das Legat annehmen zu wollen, wie dies der Fall ist, wenn sein Herr durch ihn Erbe werden soll; auch halte ich es für wenig wahrscheinlich, daß je ein Herr seinen Sklaven einem andern Sklaven zur Freilassung vermachte, da derselbe doch immer ein lebhaftes Interesse daran haben mußte, daß eine bestimmte Person dessen Patron werde; diese ist aber immer ungewiß, wenn er ihn einem fremden Sklaven also legirt.

Anders erklärt die Glosse unsern Satz: sie faßt servo meo für a servo meo und mihi für a me: eine ungeheuere Licenz, die schon v. d. Pfordten S. 106 a. a. O. als gegen alle Regeln der Sprache verstoßend bekämpft; dagegen ist sein Einwand, es sei gewiß unnatürlich, anzunehmen, daß durch das Legat eines einzigen Sklaven die Quart verletzt sein sollte, gewiß bedeutungslos: denn dann wäre, was doch täglich vorkommt, noch viel unnatürlicher, nämlich daß die Schulden der Erbschaft größer sind, als der Werth der in ihr enthaltenen Sachen.

Ich selbst habe noch in meiner Revision der „kritischen Studien zum Pandektentext" die Konjektur festgehalten, wonach vor servo meo die Präposition a einzuschieben wäre;

es besagte dann unser Satz: so wenig in die Falcidia meines Sklaven eingerechnet wird, was er an mich als Legatar zu zahlen hat, sowenig wird ihm der Ueberschuß meiner Portion als Miterbe desselben in seine Quart eingerechnet.

Aber diese Erklärung ist ebenso unmöglich, wie eine andere von der Glosse vorgebrachte, wonach von dem Herrn an den miteingesetzten Sklaven ein Sklav und von dem Sklaven an den Herren 10 legirt sein sollen: denn das Legat des Sklaven an seinen Herrn wird unwirksam, sobald Letzterer die Erbschaft erwirbt: vgl. Fr. 20 (35. 2) und §. 33 J. (2. 20).

V. d. Pfordten S. 107 a. a. O. zeichnet sich bei seinem Erklärungsversuch dadurch vortheilhaft aus, daß er den Fall, und mit Recht, gerade so setzt, wie er im Wortlaut unsrer Stelle gegeben ist: darnach haben der Herr 10, sein Sklav einen Sklaven als Legatare einer überlasteten Erbschaft zu fordern.

Doch ist auch ihm m. E. nicht gelungen, den Sinn der von Paulus beigezogenen Parallele richtig wiederzugeben; er meint nämlich, es könnte scheinen, als ob die Abzugsrate, welche auf den legirten Sklaven trifft, servi Falcidia, da sie natürlich nur in einer Geldvergütung gemacht werden kann, auch von dem Legat der 10 zurückbehalten werden dürfe, weil ja doch der Herr die beiden Legate erwerbe. Allein Paulus verneine dies, und setze dann hinzu, geradeso brauche der Herr den Mangel der Einsetzungsportion des Sklaven nicht mit dem Ueberschuß der seinigen zu decken. Die Analogie beider Fälle sei also diese: der Herr brauche den Mangel des seinem Sklaven gegebenen Legats nicht von seinem Legat, und wenn sie Miterben seien, den Mangel der Portion seines Sklaven nicht von seiner Portion zu decken, obgleich er Legat und Erbschaftsportion durch seinen Sklaven erwerbe.

Aber was will der Satz besagen, der Herr brauche den

Mangel des seinem Sklaven gegebenen Legats nicht von seinem Legat zu decken?

Es ist doch über allen Zweifel sicher, daß der Erbe den Sklaven nur herauszugeben braucht, wenn er zugleich die auf jenen treffende Quart erhält, gleichviel, ob der Herr den Sklaven zugleich mit den 10, oder erst nachher fordert.

Im ersteren, von v. d. Pfordten gesetzten Fall darf er folglich ohne Weiteres von den 10 auch die Quart des Sklaven abziehen; in letzterem ist es gewiß gleichgültig, ob der Herr die Quart mit den gleichen Geldstücken, die er als Legatar auf 10 erhielt, oder mit andern entrichtet; genug, daß er unter allen Umständen den Sklaven nur gegen Vergütung von dessen Quart in Geld erhält.

Es kann folglich in unserem Fall gar nicht von einem Decken oder Nichtdecken des Mangels am Sklavenlegat durch das Legat der 10 die Rede sein, und ebensowenig davon, daß Paulus eine so wichtige Entscheidung, wie die, ob zu Gunsten der vom miterbenden Gewaltunterworfenen ausgesetzten Legate Einrechnung stattfinde oder nicht, durch ein solches Schemen von Analogie gestützt hätte.

Meiner Meinung nach ist der Ideengang des Paulus, den er durch die Beiziehung des in si servo meo ... retinetur gegebenen Falls in aller Kürze andeuten will, vielmehr folgender:

So wenig der Herr als Collegatar seines Sklaven, wenn er die ihm vermachten 10 fordert, sich zugleich auch die Quart des seinem Sklaven vermachten Sklaven abziehen zu lassen braucht, da er ja letzteres Legat unbeschadet des ersteren ausschlagen kann; ebensowenig braucht er als Miterbe seines Sklaven den Ueberschuß der ihm selbst zugeschriebenen Portion über deren Quart in die Falcidia der Portion seines Sklaven einzurechnen, da er ja ebenso letztere Portion unbeschadet der eigenen faktisch dadurch ausschlagen

kann, daß er seinem Sklaven den Befehl zu deren Antritt nicht ertheilt.

Es deutet so Paulus einen gewichtigen Grund für die Verwerfung der Einrechnung an; denn wenn der Herr dem Sklaven das Antreten verbietet, accrescirt ihm, da nur diese Beiden als Erben gesetzt sind, dessen Portion; das Edikt: si quis omissa causa testamenti ab intestato, vel alio modo possideat hereditatem, kann gegen ihn nicht geltend gemacht werden, weil seit dem Reskript Severs auch die namentlich von dem Weggefallenen ausgeworfenen Legate in Geltung bleiben; somit kann auch dann, wenn der Herr seinen Sklaven antreten läßt, gar nicht davon die Rede sein, daß er sich den Ueberschuß der eigenen Portion über deren Quart in die Falcidia der Portion seines Sklaven einrechnen lassen müsse.

Es ist nun noch zu begründen, warum der die äußerste Kürze liebende Paulus bei der Aufstellung des Falls die scheinbar rein überflüssige Bestimmung aufnimmt: ex diversis partibus, und dazu noch in einer seinem Buch über die Quästionen entnommenen Stelle, wodurch doch schon an sich jeder Gedanke daran ausgeschlossen ist, daß er es bloß deßwegen gethan habe, weil er einen ihm vorgekommenen Rechtsfall genau wiedergeben wollte.

M. E. ist nun die von Huschke gegebene Erklärung S. 204 a. a. O., er thue dies deßwegen, weil in der Regel, wenn man nicht sehr gekünstelte Dispositionen des Erblassers annehmen wolle, nur dann besondere Legate von der einen und von der andern Portion sich würden unterscheiden lassen, durchaus nicht stichhaltig, wenigstens mir unbegreiflich. Es war ja doch die gewöhnlichste Art zu legiren, daß der Testator sagte: Titius soll dem A 10 geben, sein Sklav Stichus dem B 10 ꝛc. und hiebei war es gewiß ganz gleichgültig, ob beide auf gleiche oder auf verschiedene (denn dies bedeutet diversae partes, da Huschke meint, es heiße „besondere“

nicht „verschiedene") Theile eingesetzt waren. Daß aber hier die Legate als namentlich ausgeworfen zu denken seien, ist ganz unzweifelhaft sicher, gerade wie in Fr. 78 (35.2).

Daß die auch von Huschke verworfene Meinung Govea's, wenn es hieße: Titius et Stichus servus ejus ex asse heredes sunto, würde Titius Alleinerbe sein und ein anderes Recht gelten, gar keiner Widerlegung bedürfe, ist sofort klar.

Es muß vielmehr angenommen werden, daß Paulus wohl deßwegen den Fall also bestimmte, weil er scharf hervorheben wollte, daß es vollkommen gleichgültig sei, zu welchen Portionen man sich die Beiden eingesetzt denke, da auch der geringste Ueberschuß der Portion des Sklaven über deren Quart die Falcidia des Herrn gegen seine Legatare entsprechend vermindere, dagegen zu Gunsten der auf den Sklaven verwiesenen Legatare gar nie Einrechnung stattfinde.

Es möchte daher das ex diversis partibus am besten mit „zu beliebigen Theilen" übersetzt werden.

Andrerseits wollte vielleicht auch der Jurist den Fall, den er im zweiten Theil seiner Stelle entscheidet, selbst äußerlich in Uebereinstimmung bringen mit dem, den er zu dessen Erläuterung erörtert.

Was den Text unsrer Stelle anbelangt, so ist derselbe schon früh als der Emendation bedürftig erkannt worden.

So lesen Haloander und die Vulgata, hierin von den Neuern gefolgt, statt tenetur ganz im Sinn des Fr. 21 §. 1 retinetur; doch kommt auch sonst tenetur in der letzteren Bedeutung vor.

Dann will Cujaz den zweiten Satz mit tenetur schließen, außerdem statt Falcidiae nam gelesen wissen: Falcidianam, was Huschke, VII S. 205 a. a. O., gegen v. d. Pfordten, S. 108 a. a. O., verwirft, indem er richtig darauf hinweist, daß die quarta Falcidia niemals quarta Falcidiana genannt werde, auch nach den Regeln über solche Verlängerungen nicht genannt werden könne; wogegen er

der Interpunktion des Cujaz mit Recht zustimmt. Er selbst will statt nam gelesen wissen: nomine; daß aus Uebersehen des Abschreibers statt der Sigle nom. sich das nam in den Text verirren konnte, ist wohl unbestreitbar, daher diese auch im Uebrigen wohlbegründete Emendation aufzunehmen.

Außerdem schlägt v. d. Pfordten S. 108 a. a. O. vor, hinter contrario einzuschieben: sicut; ist dies auch gewiß nicht unbedingt gefordert, so doch wohl geeignet, die von Paulus beigezogene Parallele mit seiner Hauptentscheidung in eine klare Verbindung zu bringen, und das Ausfallen desselben erklärt sich, wie v. d. Pfordten richtig bemerkt, leicht daraus, daß die Sigle s̄ oder sic für eine Wiederholung des si gehalten wurde.

Es lautete demnach der Schluß unserer Stelle: Ex contrario, sicut si servo meo servus et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur: exemplo eodem Falcidiae nomine quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit.

Daß hiergegen die von Mommsen proponirte Emendation, wonach statt servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur exemplo eodem Falcidiae: nam . . . zu lesen wäre: servi Falcidia non tenetur, ex decem mihi legatis tenetur exemplo eodem Falcidia: nam . . ., trotzdem sie sehr eingreifend ist, weder den Sinn des von Paulus ausgesprochenen Gedankens richtig wiedergebe, noch die Sätze in gehörige Verbindung bringe, scheint mir aus dem Vorhergehenden genügend erwiesen.

Während nun nach klassischem Recht das, was das gewaltunterworfene Kind als Erbe erwarb, in das Eigenthum des Vaters überging, erhält derselbe nach Justinianischem daran nur den Nießbrauch, er hat folglich auch nur des letzteren Werth, soweit dem Kinde mehr als die Quart seiner Portion verbleibt, in die Falcidia seiner eigenen Portion einzurechnen.

Für die beiden einzigen Fälle des Justinianischen Rechts, in welchen der Vater das dem Kind deferirte Erbe noch voll erwirbt: nämlich wenn es, gleichviel ob gewaltunterworfen oder nicht, im Alter vor 7 Jahren stirbt, ehe sein väterlicher Ascendent ihm dasselbe erworben hat, und wenn das gewaltunterworfene Kind ausschlägt, muß ganz entsprechend der in Fr. 21 §. 1 und Fr. 25 (35.2) gegebene Entscheidung nach klassischem Recht behauptet werden, daß in keinem Fall der miterbende Vater den Ueberschuß seiner eigenen Portion über deren Quart in die Falcidia der dem Kind deferirten oder von demselben ausgeschlagenen einrechnen müsse.

Dies geht schon daraus klar hervor, daß ja die bezüglichen Bestimmungen, L. 8 pr. §. 1 u. §. 2 C. (6. 61) und L. 18 C. (6. 30) lediglich im Interesse des Vaters gegeben sind; macht er von seinem Rechte keinen Gebrauch, so accrescirt ihm ja die Portion des Kinds für den Fall, wenn er dessen einziger Miterbe ist, vollständig ohne Weiteres: nach Accrescenzrecht aber findet keine Einrechnung Statt.

Es sind eben diese Legate immer eine Belastung der zufallenden Portion, folglich von dieser geradeso zu entrichten, als wenn derjenige sie als Erbe gezogen hätte, von dem namentlich dieselben ausgeworfen sind.

Um so weniger kann davon die Rede sein, daß gar, wie v. d. Pfordten für den Fall behauptet, wenn das gewaltunterworfene Kind ausschlägt, die Portionen zu konfundiren seien, was für ihn ja gleichbedeutend ist mit Konfusion der Legate.

Der Wortlaut der L. 18 C. (6. 30), auf den er sich hiebei beruft, hat gar keine Beziehung zu unserer Frage, kann also nicht beigezogen werden zur Begründung einer den festen Prinzipien unserer ganzen Lehre absolut widersprechenden Entscheidung.

Es gilt somit unbedingt der Satz, daß in allen Fällen,

wo zur Zeit des Erbschaftsantritts der eine Theilerbe in der Gewalt des anderen ist, immer Einrechnung zu Gunsten der Legatare des Gewalthabers, niemals aber zu Gunsten der Legatare des Gewaltunterworfenen stattfinde, und daß unter keinen Umständen (weder hier noch bei der Accrescenz) Konfusion der Legate eintrete.

Dies wird für den Fall der Arrogation eines Miterben noch besonders bestätigt durch das dem Buch des Paulus ad legem Falcidiam entommene

Fr. 1 §. 15 (35. 2) Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quia separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem.

Wie in Fr. 21 §. 1 und Fr. 25 der Grund der Einrechnung gefunden werden muß in der Thatsache, daß vermöge der Existenz der Potestas zur Zeit des Erbschaftsantritts beide Portionen sich in der Hand des Gewalthabers vereinigten, so auch hier der Grund für die Verneinung der Einrechnung darin, daß zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft das Gewaltverhältniß noch nicht existirte. Hätte vor Antritt der Erbschaft der Vater sein Kind emancipirt, der Herr seinen Sklaven freigelassen, gleichviel ob vor oder nach dem Tod des Erblassers, vor oder nach Anfall der Erbschaft, so würde er deren Portion unbedingt nicht erwerben, müßte also auch nicht einrechnen, so wenig, als wenn er sie emancipirt, beziehungsweise manumittirt hätte vor Existenz der ihnen gesetzten Bedingung; vgl. Fr. 80 §. 2 und §. 3 (29.2).

Umgekehrt: hätte der bedingt oder unbedingt eingesetzte Sklav zu Lebzeiten des Testators einem Anderen gehört, wäre aber vor seinem Erbschaftsantritt von dessen Miterben angekauft worden; oder wäre das Kind erst nach dem Tod des Testators, jedoch vor dem Erwerb der Erbschaft wieder, z. B. wegen Undanks, in die Gewalt seines miteingesetzten Vaters gefallen, so müßte letzterer unbedingt einrechnen.

Es ist denn auch die von Huschke VII S. 207 a. a. O. aufgestellte Unterscheidung, wonach im Falle der Arrogation des Miteingesetzten Einrechnung zu Gunsten der Legatare des Arrogators nur dann stattfände, wenn dieselbe noch zu Lebzeiten des Erblassers eintrat, so daß dieser sein Testament noch ändern konnte, niemals aber dann, wenn sie erst nach dessen Tode vorgenommen wurde: schon deßwegen unzulässig, weil sie mit dem Wortlaut des Fr. 1 §. 15 gar nicht vereinbar erscheint, ohne daß wir Paulus einen schweren Vorwurf machen; denn aus dem gewiß hier unbedingt zulässigen argumentum e contrario folgt, daß die ante aditam hereditatem vollzogene Arrogation unter allen Umständen Einrechnung des Ueberschusses bedinge, wie dies im Gegentheil nie der Fall ist, wenn sie post aditam hereditatem stattfand.

Hätte Paulus nicht also gedacht, so würde er gewiß nicht gesagt haben: si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, sondern unzweifelhaft: si coheredem meum post mortem testatoris arrogavero. An ein etwaiges Uebersehen des Juristen ist ja durchaus nicht zu denken, weil der Gegensatz zu post aditam hereditatem ihm einfallen m u ß t e; außerdem bleibt nicht einmal die Ausflucht, derselbe habe dies nur um der Kürze willen gethan.

Unser Fr. 1 §. 15 ist übrigens auch noch ein schöner Beleg für die Richtigkeit meiner bei Erklärung von Fr. 78 und Fr. 1 §. 14 ausgeführten Ansicht, daß überall, wo die confusio partium vorgeschrieben wird, immer nur von Einrechnung die Rede sei. Denn Paulus hatte in Fr. 1 §. 14 des Streits erwähnt, ob dann, wenn ein nichtbelasteter Erbe die caduke Portion vindizirt, confudendae sint portiones: in Fr. 1 §. 15 sagt er nun, in genauem Anschluß an Fr. 1 §. 14: wenn der eine Eingesetzte den andern n a c h A n t r i t t der Erbschaft arrogirt, non dubitabitur, quin separandae sint portiones.

Er stellt also dem confundere das separare portiones als strikten Gegensatz gegenüber, geradeso, wie wir dies bei Fr. 78 nachgewiesen haben.

Es müßte folglich, wenn man in der confusio partium eo ipso die confusio legatorum inbegriffen finden wollte, dem Juristen der Satz unterschoben werden, daß im Fall der arrogatio ante aditam hereditatem nicht Einrechnung des Ueberschusses, sondern Zusammenwerfen der Legate eintreten solle; damit aber würde er in grellen Widerspruch mit sich selber Fr. 21 §. 1 treten, woran gewiß nicht zu denken.